



**INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR
“PRESIDENTE TANCREDO DE ALMEIDA NEVES”**

MÁRIO AUGUSTO BASSI ROCHA

**ADOÇÃO HOMOAFETIVA E A BUSCA PELO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA**

São João del-Rei- MG

2014

MÁRIO AUGUSTO BASSI ROCHA

**ADOÇÃO HOMOAFETIVA E A BUSCA PELO MELHOR
INTERESSE DA CRIANÇA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção e título de Graduado, sob orientação da professora Fabrizia Naime.

São João del-Rei - MG

2014

BANCA

Profa. Orientadora Fabrízia L. N. de A. Coelho

Profa. Karin C. M. Miyahira

Prof. Sérgio L. M. Monteiro

RESUMO

É inegável que ao longo dos anos a sociedade vem evoluindo cada vez mais, estando sempre em constante transformação. Dentre estas transformações, está a família, que hoje não é mais vista apenas como a união entre homem e mulher mas abrange diferentes uniões, levando em consideração o caráter afetivo acima de outras questões.

O Direito não pode ficar para trás e deve acompanhar estas transformações, de modo a não ficar defasado em relação as necessidades da sociedade. Desta forma, vem reconhecendo as uniões entre pessoas do mesmo sexo como caracterizadora de uma família constituída.

No entanto, quando se trata da adoção realizada por estes casais homoafetivos, muitos ainda são os preconceitos e obstáculos encontrados, principalmente por aqueles que acreditam que a convivência com pais do mesmo sexo pode influenciar negativamente no psicológico da criança.

Assim sendo, a presente monografia fará um breve histórico acerca da evolução da família até os dias de hoje, para que melhor se possa compreender essa entidade. Mostrará ainda as condições necessárias para a realização da adoção, bem como sua viabilidade jurídica nos casos de casais homoafetivos apresentando ainda princípios constitucionais. Apresentará ainda pareceres psicológicos afim de dirimir as dúvidas acerca dos efeitos psicológicos que a criança possa sofrer, mostrando assim que é necessário que o ordenamento jurídico regulamente de forma definitiva a adoção por casais homossexuais.

PALAVRAS-CHAVE: família, homoafetividade, adoção, princípios constitucionais, caráter psicológico, melhor interesse.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	02
1 CONCEITO E EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE FAMÍLIA	04
1.1 CONCEITO DE FAMÍLIA	04
1.2 ORIGEM E BREVE HISTÓRICO DA FAMÍLIA	04
1.2.1 Breve aspecto da noção religiosa da família	07
1.3 A UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO, UM NOVO ENTENDIMENTO DE NOSSOS TRIBUNAIS	09
1.4 OS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
1.4.1 Princípio do melhor interesse da criança	11
1.4.2 Princípio da Afetividade	12
1.4.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	13
1.4.4 Princípio da Igualdade	15
1.4.5 Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares	16
2 A ADOÇÃO	17
2.1 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA ADOÇÃO	17
2.1.1 Histórico da Adoção	17
2.1.2 Breve análise da evolução legislativa da adoção no Brasil	19
2.2 REQUISITOS E EXIGÊNCIAS PARA A ADOÇÃO	22
2.2.1 Quanto ao adotante	23
2.2.2 Quanto ao adotando	24
3 A ADOÇÃO POR PARES HOMOSSEXUAIS	26
3.1 ASPECTOS PSICOLÓGICOS DA EDUCAÇÃO POR CASAL	26

HOMOSSEXUAL	26
3.2 A VIABILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS.....	29
3.3 DO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO	31
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	33
5 REFERÊNCIAS	35

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objeto de estudo a análise das adoções realizadas por casais homoafetivos buscando-se alcançar o melhor interesse da criança ou adolescente e ainda apresentar o caráter psicológico dessa possível adoção.

O seu objetivo é demonstrar quais os benefícios e quais os prejuízos podem trazer para a criança o fato de possuir um casal homossexual como pais dentro de nossa sociedade, destacando posicionamentos contrários e favoráveis, fundamentos na lei e na jurisprudência, apresentado estudos psicológicos, buscando sempre o entendimento de que o principal é o bem estar e a felicidade da criança ou adolescente.

Para tanto, inicia-se, apresentando um breve histórico do conceito de família bem como sua evolução ao longo dos tempos, até chegar nos dias de hoje.

Em seguida, uma análise acerca dos procedimentos adequados para a realização da adoção, quais os requisitos necessários para a realização desta e a conceituação e função da família em sua forma atual.

No capítulo seguinte, o ponto a ser abordado é quanto a possibilidade ou não da adoção ser realizada por casais homoafetivos. Inicialmente, serão abordados os aspectos acerca dos relacionamentos entre casais homoafetivos no direito brasileiro, bem como a evolução já ocorrida acerca deste assunto.

Posteriormente irá adentrar acerca do assunto de verdadeira relevância neste trabalho, que é a adoção realizada por casais homoafetivos. Serão elencadas posições favoráveis e contrárias acerca de tal questão, bem como a abordagem do judiciário brasileiro sobre este tema. Também serão colacionadas jurisprudências para corroborar as opiniões demonstradas de nosso judiciário.

Por fim, serão apresentados estudos e argumentos para que se possa por fim ao preconceito que ainda cerca o tema abordado. Também serão apresentadas algumas brechas em nosso sistema atual de adoção que mostram que é possível uma pessoa gay adotar uma criança sem que seja

discutida a sua sexualidade, ficando evidente assim que se mostra muito mais correto, justo e humano a regulamentação para casais homoafetivos.

Serão analisados ainda os aspectos psicológicos e sociais acerca da questão, sempre tendo em vista a busca do melhor interesse da criança e do adolescente, devendo ser este em todos os casos o objetivo final, independentemente de outras questões.

Assim, espera-se que seja analisado este interesse da criança ou adolescente, independente da opinião pessoal acerca das pessoas que optam por esta ou aquela opção sexual.

1. CONCEITO E EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE FAMÍLIA

O conceito de família evolui ao longo dos tempos, de acordo com o pensamento de cada época e sociedade, estando em constante evolução. Assim sendo, muitas vezes é difícil definir precisamente o que vem a ser família, porém vamos tentar apresentar tal conceito.

1.1 Conceito de família

A palavra família pode encontrar diferentes significados e definições, tendo seu conceito evoluído bastante ao longo dos anos. Certo é dizer que o conceito de família vai muito além de laços sanguíneos, devendo estar centrada em função de vínculos afetivos. O amor, o carinho, a compreensão, a educação, são bases fundamentais para a formação de uma família, sendo esta um referencial para a formação e crescimento dos filhos, moldando em grande parte sua personalidade.

Segundo nos diz Maria Berenice Dias (2009, p. 42) há muito a família deixou de ser caracterizada somente pelos bens que possuía e passou a ser fundada principalmente no afeto, pois agora o objetivo é a atenção ao crescimento e a formação de cada integrante da família. Atualmente, passamos a valorar os laços afetivos, fazendo com que a sociedade se torne mais moderna e apta a aceitar novas mudanças.

Essas novas mudanças incluem dizer que não mais apenas a união de um homem com uma mulher através de uma relação conjugal podem constituir uma nova família, além daquela já existente pelos laços sanguíneos. Importante são os laços que unem estes indivíduos.

1.2 Origem e breve histórico da família

Embora hoje haja se considere os laços afetivos mais importantes, nem sempre foi assim. Analisando-se historicamente é possível perceber que a família era vista de formas bem diferentes, possuindo formas e concepções que foram se modificando ao longo dos tempos.

Primeiramente predominou nas civilizações primitivas a família matriarcal, como na civilização minóica, onde as mulheres eram o centro da família e detinham praticamente todo o comando dentro delas, pois a descendência ocorria por parte da mãe muitas vezes não se sabendo nem ao menos quem era o pai dos filhos gerados. O homem era visto como um lavrador, tendo como função plantar e colher os alimentos para o sustento da família, além de ser o responsável por iniciar o processo de criação, através da fecundação.

Com o passar do tempo porém, as sociedades começaram a deixar de ser matriarcais até se tornarem patriarcais por volta de 1000 antes de Cristo. Neste tipo de organização familiar, o pai passa a ser o centro. Silvio Venosa (2010, p.3) ressalta que a origem da família patriarcal se deu com o domínio da produção dos meios de existência pelo ser humano, numa visão materialista: “A família monogâmica converte-se, portanto, em um fator econômico de produção, pois esta se restringe quase exclusivamente ao interior dos lares, nos quais existem pequenas oficinas”.

Percebe-se, nos argumentos de Venosa (2010, p.3), que a origem deste modelo de família se deu com base na concepção materialista (produção), mas, sendo o núcleo familiar a organização mais importante do meio de produção e, apesar de a mulher possuir essencial relevância neste meio, a família se fundava no poder do pai: “[...] o qual era ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz, possuindo um poder quase absoluto sobre a mulher, os filhos e os escravos, onde o afeto estava longe de ser o elo que ligava as famílias”.

Novos acontecimentos ocorreram na história da humanidade, incluindo uma maior participação da mulher, até que a economia mudou do centro agrário para o centro industrial, ocorrendo a chamada Revolução Industrial. Com isso criou-se a necessidade da mulher passar a ajudar também no mercado de trabalho, havendo muitas mudanças nos papéis do homem e da mulher dentro da família.

Desta forma, a família deixou de lado o seu papel econômico, não sendo mais uma unidade de produção, voltando-se mais para o afetivo, moral, de apoio entre seus entes. Sobre isto nos traz Pereira (2009, p.30):

Substitui-se, a organização autocrática por uma orientação democrático-efetiva. O centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor. As relações de parentesco permutaram o fundamento político do agnatio pela vinculação biológica de consangüinidade (cognatio). [...] Os pais exercem o poder família, no interesse da prole menos como direito do que como complexo de deveres.

Da mesma forma como a mulher começou a exercer atividades fora lar, local onde em geral costumava permanecer, o homem passou a ajudar, ainda que de forma tímida, nas atividades domésticas que antes eram exclusivas da mulher. Com os dois trabalhando fora de casa, as atividades começaram a se tornar de responsabilidade de ambos.

Com a chegada das duas Guerras Mundiais, outras mudanças importantes ocorreram dentro das constituições das famílias. Por causa delas as mulheres assumiram ainda mais funções realizadas pelos homens, havendo ainda uma profunda transformação na condição jurídica das mulheres, trazendo novos significados para a família.

Na atualidade, portanto, a família se tornou o pilar do ser humano, sendo a principal formadora de seus aspectos comportamentais e sociais, acima de qualquer outro fator que possa interferir em seu desenvolvimento. A família se tornou então a base da sociedade, como nos traz a nossa própria Constituição Federal de 1988:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado;

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento;

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

É possível observar assim, que da mesma forma que a sociedade e as relações sociais vem evoluindo ao longo dos tempos, a legislação também vai tendo de evoluir e adaptar-se aos novos aspectos da sociedade. Assim,

procura trazer uma harmonia ou ao menos um convívio adequado para que todos possam desfrutar de uma vida em sociedade equilibrada apesar das diferenças existentes entre cada pessoa.

Após todas estas modificações ao longo do tempo, acredita-se que hoje há um equilíbrio no poder que tanto os homens quanto as mulheres exercem no comando das famílias, visto que hoje se dá primazia à felicidade no âmbito familiar independente de quem exerça o comando, sendo esta família formada por pessoas do mesmo sexo ou não.

Este novo entendimento de família abriu espaço para o reconhecimento de famílias homoafetivas. Como muito bem coloca Maria Berenice Dias (2004, p. 43): “[...] o amor não tem sexo, não tem idade, não tem cor, não tem fronteiras, não tem limites; [...]” Completa ainda que “[...] Agora a Justiça do Rio Grande do Sul, ao assegurar o direito do parceiro à meação, retirou a venda dos olhos e viu as relações homossexuais como vínculos afetivos e serem inseridos no âmbito do Direito de Família”.

1.2.1 Breve aspecto da noção religiosa da família

Ao se falar em família, é preciso que se perceba que durante muitos séculos a religião exerceu papel de grande influência sobre elas, muitas vezes dizendo como deveriam ser regidas ou constituídas, de acordo com determinada sociedade.

De acordo com estudos arqueológicos, no período Paleolítico, foi encontrada uma sociedade matriarcal onde havia uma religião baseada no culto à mulher, ao feminino e também na associação da capacidade que essa tinha de dar a vida. Foram descobertas em Les Eyzies, região hoje localizada na França, conchas cauris, que representariam “o portal por onde uma criança vem ao mundo”, sendo ainda cobertas por um pigmento avermelhado que representaria o sangue. Escavações mostraram que na maioria das vezes as estatuetas das deusas femininas eram encontradas em posições centrais, enquanto as masculinas ficavam em posições periféricas, mostrando assim a importância das mulheres nessa sociedade.

Na antiguidade, entre os povos romanos e gregos, onde predominavam as famílias patriarcais, sendo o pai responsável pelas tradições religiosas.

Nessas famílias, acreditava-se que os mortos dependiam dos rituais de seus familiares para terem paz, assim, era importante que fossem deixados descendentes, existindo desde então a figura da adoção para garantir tais rituais.

A tradição bíblica era outra a influenciar bastante as sociedades antigas, antes mesmo do início do cristianismo. No velho testamento, é possível encontrar patriarcas polígamos como Abraão e Jacob, os dois com consentimento de suas primeiras esposas. Entretanto, relações de adultério eram condenadas, como no caso de David e de Salomão. Como nos traz Barata Dias (2004, p. 102):

[...] a monogamia é privilegiada: a união de Adão e Eva “numa só carne” é estabelecida por Deus, inaugurando uma comunidade de vida exclusiva para ajuda mútua, sob o preceito, válido para todas as criaturas vivas, da multiplicação das espécies.

Em seguida, com a vinda do cristianismo, a instituição do matrimônio é confirmada até mesmo por Jesus, que escolhe as bodas de um casamento como ocasião para o início de sua vida pública. O evangelho de Matheus, ao se referir ao matrimônio, trouxe que “não separe o homem o que Deus uniu”, trazendo assim um caráter indissolúvel ao casamento, que durou por vários séculos, só vindo a ser instituído o divórcio muito tempo depois, ainda assim no que diz respeito aos homens, mas não no aspecto religioso.

Já nas cartas de São Paulo, surge para a mulher a obrigação de submissão e respeito ao marido.

Já na idade Média, como nos traz a Juíza Ana Maria Gonçalves Louzada:

O Direito Canônico passou a ter relevante importância na sociedade, tendo em vista o domínio da Igreja neste período. Como o poder laico enfraquecia pelo declínio do poder real, em consequência do feudalismo, a jurisdição eclesiástica aumentava seu poder também em relação aos leigos. A Igreja acabou sendo a única a julgar assuntos relativos a casamento, legitimidade dos filhos, divórcio, etc. O casamento deixou de ser contrato para ser considerado sacramento. Assim, como a Igreja só aceitava o sexo dentro do casamento e com finalidade de procriação, tudo o que se afastasse desta regra era tido como contrário a Deus.

Com relação às sociedades islâmicas, nos ensina Louzada:

O Direito Islâmico tem na família a sua base de formação da sociedade. É o casamento que dá a concessão social para a maternidade e paternidade, sendo ele essencial, pois os muçulmanos só atingem seu apogeu depois de terem filhos. O casamento possui duas fases: primeiramente se assina um contrato entre o marido e o representante legal da mulher, sendo este seu pai ou representante masculino mais próximo. Contudo, para sua validade é imprescindível seu consentimento, bastando, para isso, seu silêncio. Após assinaturas e consentimento, ambos são considerados casados e a ruptura do contrato se iguala ao divórcio.

Com a ocorrência da Revolução Francesa, um marco na luta pela igualdade entre homens e mulheres e também entre as classes sociais, o caráter religioso começou a ser deixado de lado, até que se rompesse de vez o poder do Estado com o Poder do Clero.

Hoje, na maioria das sociedades, prevalecem os Estados laicos, ou seja, sem religião oficial, cada um escolhendo de acordo com seus pensamentos qual religião seguir, não se confundindo mais a tutela do Estado com o aspecto religioso.

1.3 A união entre pessoas do mesmo sexo, um novo entendimento de nossos tribunais

Se antes a família estava totalmente vinculada à ideia de união entre um homem e uma mulher e à capacidade destes gerarem filhos, hoje esta não é mais a realidade, pois o simples fato de inexistir prole não desconstitui a família ou a ideia de casamento. Assim sendo, a união entre pessoas do mesmo sexo está inserida no âmbito jurídico familiar, levando-se em conta principalmente a dignidade da pessoa humana, não havendo razões para estes serem excluídos, visto que os relacionamentos homoafetivos, só se diferenciam do casamento quanto à possibilidade de gerar filhos, sendo semelhante nos demais aspectos.

Prova deste novo entendimento é a decisão do Supremo Tribunal Federal, que em Novembro de 2011, reconheceu por unanimidade com um

placar de dez votos a zero, a união estável para casais do mesmo sexo. Trouxe ainda em sua decisão que “parceiros em relação afetiva homoafetiva duradoura e pública terão os mesmos direitos e deveres das famílias formadas por homens e mulheres” (BRASIL, 2011).

De acordo com o ministro Ayres Britto (BRASIL, 2011), relator das ações, “a família é a base da sociedade, não o casamento”. Salientou o também ministro Luiz Fux (BRASIL, 2011) que “todos os homens são iguais perante a lei”, portanto não pode haver diferença legal na união estável de casais hetero ou homossexuais.

Embora não haja lei que regulamente a união entre pessoas do mesmo sexo, também não há lei que a proíba. Portanto, apenas o preconceito, a falta de respeito e amor ao próximo e a intolerância são causas de impedimento para que estes casais possam constituir uma família. Quanto a isso muito bem colocou a ministra Cármen Lúcia (BRASIL, 2011):

[...] se a República põe que o bem de todos tem que ser promovido sem preconceito e sem forma de discriminação, como se pode ter norma legal que conduza ao preconceito e violência? [...] aqueles que optam pela união homoafetiva não podem ser desiguais em sua vida e seus direitos.

Nas palavras da ministra Ellen Gracie (BRASIL, 2011): “[...] uma sociedade descente é uma sociedade que não humilha seus integrantes”. Já o ministro Joaquim Barbosa (BRASIL, 2011) argumentou que: “[...] estamos aqui diante de uma situação de descompasso em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas mudanças sociais.”

Além da decisão do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça adotou posicionamento idêntico, porém em caso concreto. Na decisão, referente a um processo do Rio Grande do Sul, em que o autor pedia a partilha do patrimônio adquirido durante um relacionamento de mais de dez anos. Ele também requeria pensão alimentícia, alegando dependência econômica do antigo parceiro. Para isso, no entanto, era preciso reconhecer a união estável, na qual vigora - a não ser nos casos de declaração expressa em contrário - a comunhão parcial de bens.

Na decisão, STJ manteve o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, determinando a partilha dos bens, conforme as regras do direito de família.

Seguindo esta esteira aberta pelos nossos tribunais, o Conselho Nacional de Justiça passou a obrigar, desde o ano passado, que os cartórios facilitem e realizem a conversão das uniões estáveis em casamentos civis. Ainda sim, tal decisão não possui o mesmo peso de uma lei.

Analisando estas decisões e o posicionamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, fica evidente que na atualidade a união entre pessoas do mesmo sexo constitui sim uma família, importando-se apenas os laços que unem estas pessoas, independentemente de orientação sexual. Assim, é de fundamental importância fazer valer o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, não podendo haver discriminação por conta de tal orientação.

1.4 Os Princípios e Direitos Fundamentais

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta alguns princípios que tem por objetivo garantir e proteger direitos considerados fundamentais, considerados essenciais para organizar, regular e harmonizar a vida em sociedade, tentando fazer com que seja o mais justa possível.

Estes princípios são dotados de imperatividade e formam a base do ordenamento legal vigente, orientando a elaboração, integração, aplicação, supressão ou alteração das normas.

São vários os princípios existentes, estando a família ligada à sua grande maioria. Entretanto existem dois princípios que merecem maior atenção quando se fala em constituída por pessoas do mesmo sexo. São eles o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Igualdade.

1.4.1 Princípio do melhor interesse da criança

Nos traz Gonçalves que o melhor interesse da criança não se encontra expresso na CF ou no ECA, com princípio geral, mas especialistas salientam que ele é ligado à doutrina da proteção integral (CF, art. 227, caput, e ECA, art.

1º ao 10º), da qual decorre o princípio do melhor interesse como critério hermenêutico e como cláusula genérica que inspira os direitos fundamentais assegurados pela Constituição às crianças e adolescentes.

O princípio do melhor interesse da criança engloba de forma geral todos os aspectos acerca das relações jurídicas que envolvam o direito da criança e do adolescente. Assim sendo, não existe mais sentido na limitação do Código de Menores, que somente era aplicado nos casos de situação irregular.

O referido princípio vem privilegiar a criança e o adolescente como sujeitos, inclusive no que diz respeito ao poder familiar, como nos traz Gonçalves:

A extensão do princípio do melhor interesse a toda criança e adolescente, outrossim, resulta de uma mudança da própria concepção de família como ambiente voltado ao desenvolvimento de seus membros, que privilegia a criança como sujeito, com repercussões inclusive sobre o poder familiar. Tal poder, dentro da nova família, orienta-se pelos interesses fundamentais dos filhos, vislumbrando-se uma mudança quanto ao foco: dos interesses dos agentes do poder, para os interesses de seus destinatários.

. Por essa razão, deve-se entender o poder familiar como a possibilidade de que os pais venham interferir no âmbito jurídico dos filhos quando necessário, levando em consideração o interesse desses e não seus próprios, pais, enquanto titulares de tal poder.

1.4.2 Princípio da Afetividade

Ao se falar do princípio do melhor interesse da criança, torna-se indispensável falar também a respeito do princípio da afetividade. Presente na Constituição Federal de 1988, de forma mais específica em seus artigos 226, §4º e 227, caput e §§ 5º e 6º, onde traz o instituto da adoção como escolha afetiva, sendo vedado qualquer tipo de discriminação em relação a esse tipo de filiação.

Sobre referido princípio, nos ensina Lôbo (2002):

Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento

da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas.

Na atualidade, entende-se que todas as relações familiares devem ser regidas pelo princípio da afetividade, levando-se em consideração que o conceito atual de família não se restringe mais à filiação biológica, dando-se lugar à filiação sócio-afetiva, onde o afeto presente entre pai e filho a caracteriza essencialmente.

Além disso, como nos traz Sobral (2012):

[...] através da apreciação dos artigos supracitados, pressente-se que a própria Constituição Federal de 1988 atribuiu, explicitamente, a este princípio um valor incomensurável, de sorte que proporcionou reconhecimento legal e jurídico às relações de parentesco consubstanciadas no princípio jurídico da afetividade, ao passo que proporcionou a gradual mitigação da supremacia do vínculo genético.

Portanto, sábias são as palavras de Delinski (1997, p. 19) que nos traz que na família atual, para a integração pai-mãe-filho, é fundamental a presença do elemento afetivo, devendo ser valorizado o pai de afeto para então constituir-se a paternidade jurídica.

1.4.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Este princípio traz um valor moral referente à pessoa, trazendo a idéia de que todos tem direito a uma vida digna, conceito muitas vezes difícil de definir. Sarlet (2007, p. 62) ao tentar conceituar a dignidade da pessoa humana diz que:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Este princípio está presente na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, sendo apontado como um dos fundamentos que constituem

o nosso Estado Democrático de Direito. É o principal e mais amplo princípio constitucional de nosso ordenamento.

Relativamente ao direito de família, o princípio da dignidade da pessoa humana diz respeito a garantia plena de desenvolvimento de todos os seus membros, para que possam ser realizados seus anseios e interesses afetivos, assim como garantia de assistência educacional aos filhos, com o objetivo de manter a família duradoura e feliz. Desta forma preceitua Diniz (2007, p. 18):

[...] é preciso acatar as causas da transformação do direito de família, visto que são irreversíveis, procurando atenuar seus excessos, apontando soluções viáveis para que a prole possa ter pleno desenvolvimento educacional e para que os consortes ou conviventes tenham uma relação firme, que integre respeito, tolerância, diálogo, troca enriquecedora de experiência de vida etc.

Versando sobre o princípio da dignidade humana e ainda sobre os direitos de casais homoafetivos, Angeluci (2005, p. 75) vem de encontro ao que diz Maria Helena Diniz, ao destacar que “pensar na família moderna olvidando o princípio da dignidade da pessoa humana é uma contradição e verdadeira forma de se negar a função primeira da família: o desenvolvimento de cada um de seus membros”.

Não pode o Estado trazer o princípio da dignidade humana como uma das bases do Estado Democrático, de Direito e reprovar o amor entre pares homossexuais, pois caracterizaria assim uma contradição absurda. Segundo nos diz Vecchiato (2008, p. 313):

A relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual do indivíduo é direta, na medida em que a proteção dos traços formadores de cada um inclui a sua opção sexual e, por conseguinte, o seu respeito e a sua proteção pela sociedade e, evidentemente, pela ordem jurídica em vigor.

Corroborando com este pensamento, Dias (2009, p. 99) afirma que é “indispensável reconhecer que a sexualidade integra a própria condição humana”. Mais adiante assinala que “ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito de exercer livremente sua sexualidade com quem desejar [...]”. Assim, desrespeitar a orientação sexual de uma pessoa ou casal é infringir a própria Constituição Federal.

Portanto, é possível observar que o princípio da dignidade da pessoa humana está diretamente ligado à liberdade de escolha sobre a orientação sexual do indivíduo, cabendo a este constituir sua família de modo a satisfazer tal orientação criando este novo modelo familiar que deve ser tratado como qualquer outro.

1.4.4 Princípio da Igualdade

Em seu artigo 5º, a Constituição Federal de 1988 trouxe o princípio da igualdade, segundo o qual a lei deve tratar a todos os cidadãos de forma idêntica. Seu texto diz:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Sobre tal princípio, Dias (2000, p. 16) afirma que “a garantia da igualdade passa pela garantia da expressão da sexualidade e a liberdade de orientação sexual insere-se como uma afirmação dos direitos humanos”, visto que o Estado deve proteger e promover o bem estar a todos os cidadãos, não podendo agir com discriminação.

O aspecto formal do princípio da igualdade traz como consequência “a extensão do mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, sem distinção de orientação sexual”.

Assim sendo, afirma Rios (2001, p. 391) que é necessário “que se reconheça em todos, independentemente da orientação homo ou heterossexual, essa qualidade de sujeito de direito”, sendo necessário então “haver uma ruptura do modelo abstrato do sujeito de direito como pessoa heterossexual”, para que assim se alcance a igualdade perante a lei, inclusive no que diz respeito a adoção de crianças por casais homoafetivos.

1.4.5 Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares

O núcleo da família deixou de ser reconhecido como apenas o casamento, hoje sendo reconhecido o princípio do pluralismo das entidades familiares, fazendo com que o Estado passasse a reconhecer diferentes possibilidades de formação de família, como a união estável e família monoparental.

Neste diapasão, Diniz (2011, p. 37) preceitua que “as diversas formações de família estão de acordo com o princípio da pluralidade familiar, já que a norma constitucional abrange a família matrimonial e as entidades familiares (união estável e monoparental).

A Lei 11.340 de 2006, também conhecida como Lei Maria da Penha, tem em seu texto trecho de onde é possível depreender a recepção do conceito de família pela união de pessoas do mesmo sexo:

Artigo 2º: Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Desse modo, como a referida lei dá garantia legal aos fatos que ocorrem no ambiente doméstico, pode-se concluir que as uniões homoafetivas já estavam sendo consideradas entidades familiares, pela concepção do novo conceito de família.

Observa-se portanto, que as uniões de casais homossexuais sendo reconhecidas pelos dispositivos legais enquanto entidade familiar, conseqüentemente, serão amparadas para o processo de adoção, de acordo o Estatuto da Criança e do Adolescente, sem, teoricamente, passar por discriminações sexuais. Processo de adoção, este, que será melhor abordado no próximo capítulo.

2. A ADOÇÃO

Este capítulo procura analisar a adoção de forma mais profunda, trazendo um breve histórico sobre ela e analisando sua evolução dentro da legislação brasileira até chegarmos à atualidade. Após este momento, serão analisados os requisitos e exigências necessários para que seja possível a realização da adoção dentro de nosso ordenamento jurídico.

2.1 Histórico e evolução da adoção

Como já foi demonstrado anteriormente, o afeto é o principal aspecto ao se considerar os laços que ligam as pessoas, não se reduzindo apenas ao fator biológico existente entre eles. Dentro de tal consideração apresenta-se a adoção que pelo afeto faz com que alguém reconheça e queira que um outro indivíduo seja seu filho mesmo não o tendo gerado.

Se analisarmos historicamente, é possível perceber que a adoção é um dos institutos mais antigos do Direito, uma vez que a inserção de menores em famílias como se fossem filhos biológicos mostra-se presente em praticamente todas as sociedades desde a antiguidade.

2.1.1 Histórico da adoção

É possível encontrar referências sobre a adoção até nos tempos mais remotos. Nas sociedades pré-romanas, por exemplo, Pinto (2002, p. 8) traz que:

[...] a idéia de adoção surgiu com a necessidade de perpetuação do culto doméstico. As leis de Manu fixavam, como pré-requisito, que o adotado conhecesse os rituais religiosos. Somente era possível, a adoção, entre um homem e um rapaz da mesma classe, exigindo-se deste que tivesse todas as qualidades desejadas em um filho.

Nessa fase, o referencial jurídico mais importante para a adoção era o Código de Hamurabi, que trazia 11 artigos ao seu respeito. O sistema entre os babilônicos se mostrava bastante peculiar, pois, como nos diz Pinto (2002, p. 8) só era possível o adotado retornar ao lar de seus pais legítimos se estes o

houvessem criado e nos casos em que o adotante houvesse despendido dinheiro e cuidados com o adotado, esta situação era vedada. No caso de o adotante vir a ter filhos naturais após a formalização da adoção, poderia ela ser revogada e o adotado teria direito à indenização.

Até mesmo a Bíblia traz em seus textos alguns exemplos de adoção, como no caso de Ester por Mardoqueu. Entretanto, é preciso se destacar que os hebreus não regulamentaram a adoção, havendo apenas algumas menções históricas a este respeito.

Na Antiguidade a adoção se mostrou bem mais comum. Entre os gregos e os romanos, a adoção estava ligada principalmente às questões religiosas, pois acreditavam que os mortos dependiam dos rituais de seus familiares para terem paz. Assim, se mostrava necessário a existência de descendentes, como nos mostra Granato (2006, p. 31):

[...] a religião só podia propagar-se pela geração. O pai transmitia a vida ao filho e, ao mesmo tempo, a sua crença, o seu culto, o direito de manter o lar, de oferecer o repasto fúnebre, de pronunciar as fórmulas da oração. Dessa forma, o homem que não tinha filhos encontrava na adoção a solução para que a família não se extinguisse.

Ainda entre os povos gregos, a adoção entre os atenienses merece destaque. Só era possível que cidadão adotasse ou fosse adotado, mostrando-se um procedimento bastante formal e com um forte traço religioso.

Roma foi um dos locais onde mais se desenvolveu a adoção. Ela estava ligado a o poder do *pater familiae*, sendo permitidos como nos diz Bandeira (2001, p. 18) três tipos de adoção: a *adrogatio*, *adoptio* e a *testamentária*. Nesta primeira modalidade, “o adotado capaz se desligava de sua família e se tornava um herdeiro de culto do adotante”, como explica Pereira (1997, p. 212). Na modalidade do tipo *adoptio*, Bandeira (2000, p. 18) ensina que “[...] uma pessoa mudava de uma família para outra, colocando-se sob o poder de um *pater familiae*”, sendo esta a adoção propriamente dita. A terceira modalidade chamada *testamentária* dependia de confirmação da cúria, sendo bastante solene e rara.

Portanto, como conclui Silva Júnior (2005, p. 88):

Em relação, pois, ao Direito Romano, a adoção revestiu-se de poder, no sentido alternativo e como meio de as famílias fugirem da sua extinção. Assim, os que não podiam ter filhos adotavam, desde que mantivessem a religião familiar e iniciassem o adotado nos segredos do culto doméstico.

Com o início das invasões bárbaras, a adoção continuou a existir, entretanto seu objetivo se modificou com a necessidade da continuação das campanhas armadas realizadas pelo pai adotivo.

Na Idade Média poucas foram as alterações, caindo muito em desuso a adoção principalmente por conta dos interesses dos senhores feudais por conta do Direito Canônico. Como traz Silva Júnior (2005, p. 88) “de fato , a adoção incompatibilizou-se com a instituição de leis fundamentais aos interesses dos senhores feudais, como as referentes à transmissão *iure sanguinis* dos títulos nobiliárquicos”.

Já na Época Moderna, surgiu o Código Dinamarquês em 1683, que regulava o instituto da adoção. Na sequência vieram o Código Prussiano de 1751 e o Codex Maximilianus da Bavária de 1756 que também regulamentava a adoção. O Código Prussiano acabou influenciando o Código Napoleônico na matéria relativa a adoção, vindo este segundo a contribuir para que ela fosse incluída em diversos ordenamentos posteriores. Já durante o século XIX a adoção foi pouco praticada. Após a Primeira Guerra Mundial, nos traz Júnior (2005, p.88) que “a preocupação jurídica e social reavivou-se [...] visando a oferecer amparo familiar aos órfãos do conflito.”

2.1.2 Evolução legislativa da adoção no Brasil

No Brasil, a primeira referência à adoção em nosso ordenamento apareceu na Consolidação das Leis Cíveis, através de Teixeira de Freitas, determinando aos juízes: “conceder cartas de legitimação aos filhos sacrílegos, adulterinos e incestuosos, e confirmar as adoções”. Pouco depois, surgiu o Código Civil de 1916 que inseriu a adoção, estabelecendo diferenças entre filhos naturais e adotivos.

Em 1957 foi criada a Lei 3.133 que era o Estatuto de Adoção. Segundo Granato (2006, p.45), tal Estatuto trouxe ajustes expressivos ao Código Civil então vigente incentivando a adoção tal como “quarenta anos depois da entrada em vigor do Código Civil, que entre os requisitos relativos aos

adotantes reduziu a idade mínima de cinqüenta para trinta anos de idade”, eliminando assim uma das principais barreiras já que agora casais jovens poderiam adotar.

Também estabelecia que os casais poderiam adotar apenas depois de completos cinco anos de casado, evitando assim que ocorressem adoções de forma precipitada. O instrumento jurídico para concretizar o a adoção era a escritura pública e não era admitido qualquer outro documento que declarasse a vontade em adotar.

Modificações posteriores eliminaram o prazo de cinco anos de casamento bem como a exigência de que os casais não tivessem nenhum filho para que pudessem adotar. Criou-se ainda a legitimação adotiva, para que se equiparassem os filhos biológicos aos filhos adotivos.

Em 1965 foi criada a Lei 4.655 que de acordo com Júnior (2005, p.89) “surgiu para efetivar a total integração do adotado no seio familiar que o recebia, mas a discriminação ainda era evidente”.

A Lei 6.697/79 criou o Código de Menores, que introduziu a adoção plena, substituindo a legitimação adotiva da Lei 4.655/65 e revogando-a. Ela também admitiu a adoção simples, regulada pelo Código Civil. Este código só era aplicado em casos de menores que estivessem em situação irregular. Aqueles que estavam em situação regular poderiam ser adotados de acordo com os termos do Código Civil, independentemente de autorização judicial.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foram equiparados definitivamente os filhos adotivos dos filhos biológicos. Estabeleceu também que:

É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, e, ainda, colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e pressão.

Na esteira deste caminho aberto pela Constituição de 1988 surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.69/90, provocando grandes mudanças no instituto da adoção. Traz ele que a adoção é realizada por decisão judicial, em caráter irrevogável, quando não for possível manter a

criança ou adolescente em sua família natural ou extensa. Porém, para concretizar a adoção é preciso analisar os pré-requisitos de afinidade e afetividade entre o adotando e o adotante.

Ainda, para o Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção é regida pela referida Lei, e a adoção não pode ser realizada por meio de procuração. O “adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes”.

Além disso, o artigo 41 do Estatuto salienta que na adoção “há condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”. Sendo que:

§ 1º. Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

§ 2º. É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

A adoção pode ser realizada por pessoas maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. Mas importante atentar-se para os seguintes incisos:

§ 1º. Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º. Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

§ 3º. O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4º. Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

§ 5º. Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda

compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

§ 6º. A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

Já no ano de 2009, o Estatuto da Criança e do Adolescente recebeu alguns ajustes no quesito do processo de adoção, através da Lei 12.010. Esta Lei, que ficou conhecida como a Nova Lei da Adoção, modificou expressamente o ECA, alterou a lei sobre investigação de paternidade sumária e revogou alguns artigos do Código Civil.

Referida Lei foi criada no intuito desburocratizar e facilitar o processo de adoção, entretanto, na prática, não é o que tem ocorrido. O Desembargador Antônio Carlos Malheiros, apesar de reconhecer alguns pontos benéficos, fez duras críticas à nova lei, dizendo que ela foi “desnecessária, pois não trouxe inovações ao processo de adoção”. Ainda de acordo com suas palavras, “a nova lei, entre outras coisas obriga que os juízes julguem um processo entre sete e oito meses.” Para ele, “o prazo é razoável, mas os juízes estão todos atolados de trabalho. Há muita demanda. Como atender este novo padrão com tão poucos juízes?”.

A nova lei trouxe também dificuldades quanto à adoção *intuitu personae*, ou por ânimo pessoal, que é aquela que ocorre quando a mãe biológica manifesta o interesse de entregar a uma pessoa conhecida a criança, pois a norma nova restringiu significativamente os casos em que essa modalidade pode ser legalmente reconhecida.

Como bem diz Silva Júnior (2005, p. 92) “[...] o dever de igualdade, no tratamento e qualificação dos filhos, encerram, no ECA, as bases constitucionais delineadoras do instituto da adoção[...]”.

2.2 Requisitos e exigências para a adoção

Inicialmente é preciso esclarecer que a adoção é regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Civil, havendo tênues distinções entre eles.

Quanto aos requisitos e exigências para a adoção, podemos dividi-los em relação ao adotante e em relação ao adotado.

2.2.1 Quanto ao adotante

A adoção não pode ser feita através de procuração, sendo estritamente necessária a presença daquele que vai adotar, até porque é necessário que exista um tempo de convivência entre adotante e adotado. Esta regra vale também para estrangeiros residentes no exterior, que antes podiam se utilizar de procuração mas agora não o podem mais. Sobre isto preceitua Elias (2005, p.68): “Ademais, a avaliação dos adotante perante o juiz da Infância e da Juventude pode evitar distorções, que poderiam prejudicar a criança ou o adolescente.”

Outro requisito é que o adotante seja maior de dezoito anos, salvo em casos nos quais o adotado já esteja sob a guarda ou tutela dos adotantes. Também é necessário que um dos adotantes seja pelo menos 16 anos mais velho do que o adotado.

O artigo 42 da Lei 12.010/09 traz que “podem adotar os maiores de dezoito anos, independentemente do estado civil”, não havendo a necessidade, portanto, que a adoção seja feita por pessoas casadas.

Requisito de grande relevância é a realização do estágio de convivência entre o adotante e a criança ou adolescente. Sobre isso, argumenta Elias (2005, p.69) que o objetivo é “verificar se há um bom relacionamento entre aqueles que, para sempre, ficarão ligados. É um período de adaptação, necessário para que se consuma a adoção”. Apesar do critério subjetivo, em média o período é de 1 ano.

O prazo desta convivência será estabelecido pelo juiz, podendo o estágio ser dispensado quando o adotado tiver até um ano. Estando também o adotando por tempo suficiente com o adotante de modo a ser possível a avaliação de convivência, será do mesmo modo dispensado o estágio.

Quando se tratar de adoção realizada por estrangeiro que mora fora do nosso país, de modo a facilitar a convivência, traz o artigo 46 3º da Lei 12.010/09: “em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado

fora do país, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, trinta dias”.

É preciso se ressaltar também, que em primeiro lugar busca-se um parente biológico para adotar a criança desamparada. Apenas se não for possível colocá-la em um lar composto por alguém com parentesco biológico é que a criança poderá ser adotada por alguém sem vínculo biológico.

2.2.2 Quanto ao adotado

Com a atualização dada pela Lei 12.010/09, o artigo 40 do Estatuto da Criança e do Adolescente traz que o adotando deve ter no máximo 18 anos na data do pedido. Elias (2005, p. 70) faz um alerta para a exceção a tal artigo :

A exceção do mesmo artigo, na área da Infância e da Juventude, não tem mais aplicação, visto que a maioridade civil se alcança aos dezoito anos. Ocorre, contudo, que, de acordo com o art. 1.623 do Código Civil, mesmo a adoção de maiores dependerá de processo judicial. Anteriormente, essa adoção era feita por meio de escritura pública em Tabelião de Notas.

O requisito mais importante, segundo Júnior (2005, p. 95) “é que a colocação em família substitutiva, somente seja deferida, havendo reais vantagens para o adotando e que seja fundada em motivos legítimos”. Tal verificação fica por conta do magistrado, tornando-se bastante subjetiva, ficando ao seu livre convencimento o melhor para as partes. Sobre isto, nos fala Elias (2005, p. 71):

A vantagem sempre existirá se aqueles que pretenderem a adoção tiverem uma família bem estruturada, de modo a propiciar ao menor um lar adequado, no qual ele possa desenvolver plenamente a sua personalidade. A família é o habitat natural onde o ser humano encontra a assistência necessária. Quando se fala em motivos legítimos quer-se, naturalmente, evitar que a adoção seja feita com segundas intenções. Se perceber, por exemplo, que há interesses econômicos em casos, talvez raros, de menores com alentada fortuna, não se há de deferi-la

Importante lembrar que se a criança ou o adolescente estiver sob o poder familiar, o pátrio poder, é necessária a destituição, para que com a adoção uma nova relação familiar seja constituída.

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz em seu artigo 29 regra fundamental que diz que “ não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”.

Silva Júnior (2005, p. 98) nos diz que “a estabilidade familiar exigida refere-se ao conjunto de elementos objetivos e subjetivos que formam uma base afetiva sólida ou o já referido ambiente familiar adequado ao equilibrado desenvolvimento do adotado”.

3. A ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS

Neste terceiro capítulo, vamos abordar mais profundamente a adoção por casais homossexuais propriamente dita, buscando analisar os efeitos psicológicos que podem ou não ser causados na criança adotada por par homoafetivo, bem como apresentar a viabilidade jurídica para a concretização da adoção por esses casais, de forma a se buscar sempre o melhor interesse da criança.

3.1 Aspectos psicológicos da educação por casal homossexual

Quando o assunto é a adoção realizada por pares homoafetivos, muitos são os que afirmam que as crianças provavelmente poderão ter seu desenvolvimento afetados pela falta de um referencial paterno ou materno. Quanto a isso, argumenta-se que a “ausência de referenciais do gênero masculino e feminino implicaria graves seqüelas de cunho psicológico assim como geraria dificuldades para o adotado em relação a sua identificação sexual”.

Desta forma, acreditam tais pessoas que o adotando acabaria se tornando, também, homossexual no futuro, devido a educação vinda apenas de homens ou apenas de mulheres, faltando assim a referência do outro gênero de forma a influencia diretamente em sua sexualidade.

Deve-se ressaltar, entretanto, que o referencial de masculino e feminino para a criança não vem exclusivamente dos pais, devendo-se ressaltar que é perfeitamente possível suprir uma eventual ausência desse referencial através de outros ambientes freqüentados por essa criança, como na escola por exemplo, e, principalmente, dentro da própria família. Salienta Giusto, que “[...] referida crítica mostra-se incoerente uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro chancela a adoção individual e reconhece, expressamente, a família monoparental”.

Como nos traz Silva Júnior (2005, p. 95), mesmo que a questão dos filhos imitarem os pais fosse comprovada, esse argumento não poderia justificar a proibição da adoção homossexual, pois estaria afrontando o direito à livre orientação sexual.

Outra questão levantada por aqueles que ainda possuem resistência à adoção por casal homossexual é de que o adotado pode se tornar alvo de brincadeiras e humilhações por parte dos colegas de escola, dos vizinhos, amigos e demais pessoas de seu convívio, podendo assim causar problemas de ordem psicológica ou ainda de interação social.

Quanto a isso, traz Brandão (2002, p. 98) que geralmente quem participa de uma minoria pode passar por preconceitos, mas isso vai sendo amenizado com a crescente aceitação da sociedade, bem como o amparo psicológico das crianças e adolescentes adotados por homossexuais.

De forma contrária ao posicionamento daqueles que acreditam que a criação da criança por casal composto por pessoas do mesmo sexo podem apresentar problemas psicológicos, estudo realizado por sociólogos americanos publicado na revista Reuters (apud Silva Júnior) nos traz que:

Pareceu não haver diferença na saúde mental e emocional decorrente do fato de os pais serem homo ou bissexuais ou na qualidade da relação entre pais e filhos. As crianças educadas por homens e mulheres homossexuais eram bem ajustadas, tinham bons níveis de auto-estima, eram tão propensas a obter bons resultados educacionais, quanto os filhos de famílias heterossexuais tradicionais [...]. Pareceu haver vantagens dos casais de lésbicas sobre os casais de heterossexuais, já que as mães tendem a se envolver mais na vida dos filhos e ser mais educadas. As mulheres demonstraram também mais harmonia nos assuntos relacionados à educação dos seus filhos.

Nesse mesmo sentido, nos traz Loréa (2005, p.3):

A Associação Americana de Antropologia já se manifestou no sentido de que pesquisas sobre unidades domésticas, relações de parentesco e família em diferentes culturas e períodos, não fornecem qualquer evidência científica que possa embasar a ideia de que a civilização ou qualquer ordem social viável dependa do casamento como uma instituição exclusivamente heterossexual, explicando que um imenso leque de tipos de famílias, incluindo as baseadas em parcerias homoafetivas pode contribuir na promoção de sociedades mais estáveis e humanitárias, o que nos permite valorizar a alteridade, abolindo rótulos e estigmatizações. Assim, não há razão para que se dê tratamento diverso à família homoparental, vez que inexistem fundamentos para que se pense a homoparentalidade como prejudicial, em si mesma, à formação da prole.

Como comenta Dias (2002, p. 108) a educação dos filhos pode ser influenciada pelos pais homossexuais, assim como em qualquer outra constituição familiar, mas, essencialmente, pelo carinho, amor, afeto, pelo lar, e

não tanto pelo gênero masculino ou feminino predominante. Por isso, é fundamental direcionar as crianças e adolescentes adotados para que aprendam a lidar com os preconceitos a serem enfrentados. Inclusive, para melhor enfrentar esses problemas, é interessante que haja um acompanhamento psicológico específico para os filhos adotados por pares homossexuais.

Em consonância com tal posicionamento, Weber (2006, p. 51) salienta que ao analisar um estudo sobre diversos casos de adoção por homens e mulheres homossexuais, conclui-se que “a saúde mental e a felicidade individual está na dinâmica de determinada família e não na maneira como a família é definida”. Desta forma, o importante é a maneira como a família vive, e não se ela é composta por pessoas de sexo oposto ou do mesmo sexo.

Portanto, nos traz Silva Júnior (2007, p. 105):

Desse modo, bem ajustados os papéis de gênero e, de forma saudável, vivenciada a afetividade na união homossexual, não há que se falar em prejuízo à normal estruturação da personalidade do adotando – sob o prisma, inclusive, da orientação afetivo-sexual –, pois os referenciais pai e mãe são representações simbólico-comportamentais de gênero que não se exaurem no corpo físico, enquanto sexo biológico. Todas as pessoas, a priori, são capazes de desempenhar, com eficiência, as papéis materno e paterno, a depender da personalidade e da maior identificação com um ou com outro.

Em se tratando desta questão afetivo-sexual, nos traz o doutor Dráuzio Varella (2002, p.10):

Os que defendem a influência do meio têm ojeriza aos argumentos genéticos. Para eles, o comportamento humano é de tal complexidade, que fica ridículo limitá-lo à bioquímica da expressão de meia dúzia de genes. [...] Cada indivíduo é um experimento único da natureza, porque resulta da interação entre uma arquitetura de circuitos neuronais, geneticamente herdada, e a experiência de vida. [...] Por isso, é impossível existirem dois habitantes na terra, com a mesma forma de agir e de pensar. Teoricamente, cada um de nós tem discernimento para escolher o comportamento pessoal mais adequado socialmente, mas não há quem consiga esconder de si próprio suas preferências sexuais. Até onde a memória alcança, sempre existiram maioria de mulheres e homens heterossexuais e uma minoria de homossexuais. O espectro da sexualidade humana é amplo e de alta complexidade, no entanto; vai dos heterossexuais empedernidos, aos que não tem o mínimo interesse pelo sexo oposto. Como o presente não nos faz crer que essa ordem natural vá se modificar, por que é tão difícil aceitarmos a biodiversidade sexual da nossa

espécie? Por que insistimos no preconceito contra um fato biológico, inerente à condição humana? Em contraposição ao comportamento adotado em sociedade, a sexualidade humana não é questão de opção individual, como muitos gostariam que fosse. Ela simplesmente se impõe a cada um de nós. Simplesmente, é !.

É possível perceber então que a educação de uma criança administrada por um casal homossexual não é motivo para impedir que estas sejam adotadas e possam assim fazer parte de uma família, não importando se ela é constituída apenas por homens ou apenas por mulheres. Importante é fazer com que o filho adotado saiba lidar com o preconceito e, principalmente, que este receba amor, carinho, atenção, educação, valores morais e uma família que possa protegê-lo.

3.2 A viabilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos

Levando-se em consideração tudo o que foi até aqui apresentado, é possível perceber que a viabilidade jurídica da adoção por pares homoafetivos é perfeitamente cabível, uma vez que está ligada de forma estreita a princípios essenciais dentro do Estado Democrático de Direito, como os princípios da igualdade, dignidade, da justiça social e do melhor interesse da criança.

Nos ensina Dias (2003, p. 66) que:

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas o instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente a todos, sendo este o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral. Em suma, dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.

Segundo Loréa (2005, p. 3), não há evidências científicas de que a ordem social viável seja somente por meio de casal heterossexual, mas, ao contrário, a diversidade de famílias pode contribuir para sociedades mais humanitárias.

Outro aspecto muito utilizado para basilar diferentes decisões de adoções por pares homossexuais é o realismo jurídico, que procura enquadrar dentro de nossa realidade social o direito, principalmente, através da

constituição de novos modelos familiares. Desta feita, ao colocar o poder-dever da sentença na prática, a analogia tem sido o principal aspecto utilizado pelos juízes, partindo-se de uma interpretação sociológica, visto que ela tem como objetivo principal fazer a conformação da norma de acordo com as necessidades da sociedade. Quanto a isso preceitua Dias (2001, p. 4) que deve-se aplicar a legislação pertinente aos vínculos familiares e, sobretudo, à união estável.

Salienta Fungie (2002, p. 131) que os preceitos constitucionais reclamam interpretação adequada à exigência da realidade [...], sendo que o Judiciário tem se mostrado favorável à consideração dos relacionamentos homossexuais como uniões estáveis. Discorre ainda Dias, que enquanto não surgir uma norma que regule a relação homossexual, é de se aplicar a legislação pertinente aos vínculos familiares e, sobretudo, à união estável, que, por analogia, é perfeitamente, aplicável.

Importante decisão a respeito da nova realidade em relação as adoções realizadas por pares homoafetivos foi demonstrada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através da Apelação Civil 70013801592:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME

Outra importante decisão que deve ser levada em consideração ao se considerar a adoção por pares homoafetivos, foi proferida no Rio de Janeiro este ano. O casal homossexual formado pelos parceiros Rogério Koscheck e

Weykman Padinho, adotou quatro crianças. Após a adoção, Rogério conseguiu na justiça licença de 3 meses no trabalho para cuidar das crianças, enquanto seu parceiro continuará trabalhando, fazendo-se valer da Lei Federal 12873/13 quem ampliou o direito de licença também aos pais nos casos de adoção.

3.3 Do Cadastro Nacional de Adoção

Lançado em 29 de Abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção foi criado na tentativa de auxiliar os juízes das varas da infância e da juventude a uma melhor condução nos procedimentos de adoção. Tendo como objetivos agilizar os processos na Justiça e reduzir o número de crianças em abrigos, seis anos após sua criação é possível perceber que tais objetivos ainda estão longe de serem alcançados.

Contando hoje com mais de 29.000 adultos inscritos em busca da adoção de um filho, o Cadastro Nacional de Adoção tem 5.426 crianças prontas para a adoção, dentro de um universo de mais de 80.000 à espera de um lar, de acordo com os últimos números divulgados. Assim, apesar das tentativas, é possível perceber que ainda existe muita burocracia e essa se mostra um grande entrave fazendo com que muitas crianças tenham dificuldades em conseguir um lar.

No que diz respeito à adoção homoafetiva, a própria página do Cadastro no site do Conselho Nacional de Justiça traz que esta “ainda não está estabelecida em lei”, embora ainda ressalte que alguns juízes já deram decisões diferentes. Entretanto, ao analisar o procedimento quanto a uma pessoa solteira, ficam claras algumas contradições.

Ao fazer o cadastro para que possa adotar uma criança, não se analisa a sexualidade da pessoa solteira que o faz. Assim, se uma pessoa homossexual que não possua uma união estável com seu parceiro der entrada em um processo de adoção, não declarando ela ser homossexual, desde que apresente os requisitos necessários, conseguirá realizar a adoção, bastando a ela depois pedir o reconhecimento de união estável da sua relação com seu parceiro.

Portanto, a falta de regulamentação nada mais faz do que encorajar que as pessoas burlam o sistema. Desta forma, fica evidente que o principal

obstáculo não é a sexualidade em si, mas sim o relacionamento efetivo de pessoas do mesmo sexo. Assim sendo, mostra-se muito mais coerente, justo e eficaz que se regulamente a adoção também para pares homossexuais, ainda mais ao se levar em conta os números acima apresentados, onde fica evidente que a permissão da adoção por esses casais representaria muito mais benesses do que malefícios, uma vez que haveriam muitos outros lares disponíveis para essas crianças.

Dias (2001, p. 4), comenta que nada poderia afetar de a criança ser criada por casais homossexuais, sendo que o preconceito da adoção aos pares homoafetivos só ajuda para aumentar a marginalização dessas relações de família, bem como para o aumento do abandono de crianças.

Portanto, é possível concluir que um casal homossexual pode atender as necessidades da criança e são sim capazes de oferecer todas as condições necessárias para que ela possa se desenvolver e crescer de forma saudável e feliz, por mais que algumas pessoas ainda hajam com preconceito, não havendo nenhum prejuízo psicológico para o menor.

Pensar de forma contrária é corroborar com este preconceito, algo que devemos excluir cada vez mais de nossa sociedade. Resta agora que se regulamente de forma legal e definitiva a adoção por pares homoafetivos, assegurando assim que possam ser tratados com dignidade e de forma igualitária, como preceitua nossa Constituição, não deixando pairar mais dúvida a respeito do assunto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da análise constitucional, doutrinárias, jurisprudencial e psicológica, procuramos observar os aspectos acerca da adoção por pares homossexuais, apresentando a viabilidade jurídica e psicológica para tanto, buscando sempre atingir o melhor interesse da criança e do adolescente, de forma a dirimir as dúvidas sobre o tema.

Perseguindo tal objetivo, iniciamos este trabalho apresentando um breve conceito sobre família, bem como um histórico dessa, mostrando sua evolução ao longo dos tempos dentro da sociedade. Foi possível observar que, nesse campo, muitas foram as transformações ocorridas, não se considerando mais como família apenas aquela constituída através da união entre um homem e uma mulher pelo instituto do casamento, existindo hoje diversos modelos familiares como a união estável e as relações monoparentais.

Levando tais evoluções para o âmbito da relação homoafetiva, o Supremo Tribunal Federal nos traz novo entendimento após decisão de Novembro de 2011, onde reconheceu por unanimidade de votos a união estável entre casais compostos por pessoas do mesmo sexo. Sendo a união estável regulamentada e reconhecidamente um destes novos modelos familiares, grande foi a conquista dos pares homoafetivos nesse sentido.

Entretanto, ao se falar a respeito da adoção por estes mesmos casais, muitas ainda são as barreiras enfrentadas, principalmente por causa do preconceito e da ausência de norma que regule o tema.

Apesar das inegáveis evoluções sociais, o preconceito ainda é muito presente nas pessoas, fazendo com que muitas vezes se defenda que a educação por pais de mesmo sexo gera efeitos psicológicos negativos no desenvolvimento da criança. Com o presente trabalho, ficou evidente que tal afirmação não é verdadeira, uma vez que os estudos psicológicos a respeito de forma alguma mostraram um resultado negativo, deixando claro que a sexualidade dos pais não causa nenhum prejuízo para o filho bem educado, sendo sim o caráter, o amor, o carinho, o respeito, fundamentais para uma boa criação, independentemente da orientação sexual de cada um.

Em muitos casos, mostrou-se até mesmo mais vantajosa a criação por casal homossexual. Além do mais, mostra-se inegavelmente mais proveitoso

uma criança ter pais homossexuais do que não ter nenhum. Se o casal pode oferecer um lar, educação e todo seu afeto e carinho para ela, sem dúvida a fará muito mais feliz do que ficar desamparada, sempre sem saber se vai fazer parte de uma família verdadeira, que vai lhe dar toda a atenção de que precisa.

Portanto, ao se observar todas essas questões, não resta dúvida que no âmbito psicológico as vantagens são muito maiores do que os pontos negativos, não devendo assim ser utilizado tal argumento para se negar a adoção a casais homoafetivos.

No que diz respeito aos aspectos jurídicos, embora a legislação brasileira não proíba que pessoas de mesmo sexo possam pedir em conjunto a adoção de uma criança, a falta de norma que regule o assunto ainda se mostra uma importante barreira para aqueles que desejam adotar. Muitos juristas ainda negam tal desejo sob o argumento de que não há lei que traga tal possibilidade. Assim sendo, mostra-se extremamente necessária e relevante a criação de norma que disponha sobre o assunto, assim garantindo não somente esses direitos aos casais homossexuais, como também aplicando os princípios constitucionais da dignidade e da igualdade, não os deixando mais desamparados.

Ainda assim, enquanto essas providências não são tomadas, não pode o judiciário e a sociedade brasileira deixarem esses casais à margem, devendo agir da melhor forma possível para atingir as demandas de todos. Portanto, ao se analisar os casos concretos, deve-se usar da analogia para julgar os pedidos de adoção feitos por pares homossexuais, seguindo assim o caminho aberto pelo Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a união estável dos casais homoafetivos. Se nosso ordenamento jurídico já reconhece, de forma acertada, como família casais formados por pessoas do mesmo sexo, mostra-se não só possível como justo conceder a eles o direito de serem pais, não importando a ligação biológica e sim a afetividade.

Ao se fazer isso, atingiremos um passo ainda maior para vivermos em uma sociedade mais igualitária, com mais respeito, mais amor, de forma a evoluirmos e fazer um mundo melhor, eliminando o preconceito cada vez mais, algo que sem dúvida seria uma grande vitória para a sociedade.

REFERÊNCIAS

ANGELUCI, Cleber Affonso. O valor do afeto para a dignidade humana nas relações de família. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, Ano 53, n. 331, 2005.

BRASIL (2002). *Código Civil Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 2002.

_____. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. (1990). *Lei n ° 8,069, Estatuto da Criança e do Adolescente*. Brasília: Senado Federal, 1990.

_____. <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/infancia-e-juventude/cadastro-nacional-de-adocao-cna>. Acesso em: 24 de out. de 2014.

_____. <http://oglobo.globo.com/sociedade/casal-gay-ganha-na-justica-direito-licenca-do-trabalho-apos-adotar-quatro-criancas-13810771>>. Acesso em: 27 de out. de 2014.

DELINSKI, Julie Cristine. *O Novo Direito da Filiação*. São Paulo: Saraiva, 1997.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.43.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Paula Barata. *A influência do Cristianismo no conceito de casamento e de vida privada na Antiguidade Tardia*. Disponível em:< <http://www2.dlc.ua.pt/classicos/casamento.pdf>> Acesso em: 23 de out. de 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *Breves considerações sobre o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente*. Disponível em:< http://www.lexeditora.com.br/doutrina_23385195...>. Acesso em: 10 ago. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUNIOR, Enézio de Deus Silva. *A possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais*. Curitiba: Juruá, 2005.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LOREA, Roberto Arriada. *O amor de Pedro por João à luz do Direito de Família: reflexões sobre o casamento gay*. Revista Brasileira de Direito de Família, ano 7, n. 31, ago-set, 2005.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. *Evolução do conceito de família*. Disponível em: <http://www.amagis.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30>. Acesso em: 23 de out. de 2014.

MOTTA, Severino. *Por unanimidade, ministros entendem que casais do mesmo sexo formam uma família*. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro*. In: AZEVEDO, Plauto Faraco de (Ed.). *Direito e Democracia. Revista de Ciências Jurídicas*. ULBRA. vol. 2, n. 2 - 2º semestre de 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOBRAL, Mariana Andrade. *Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares*. Disponível em : <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400>. Acesso em: 27 de out. de 2014.

VARELLA, Dráuzio. *As causas da homossexualidade*. In: jornal Folha de SP. Folha ilustrada, E 10, sábado, 24 ago. 2002.

VECCHIATTO, Paulo Roberto Lotti. *Manual da Homoafetividade*. São Paulo: Método, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.